

ÉTUDES

p. 1 Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer

La réforme espagnole de la négociation collective de 2011/2012

p. 11 Patricia Kurczyn Villalobos

Observations sur la législation mexicaine relative à l'égalité des genres au travail

p. 25 Yuichiro Mizumachi

Métamorphose du droit du travail : le fondement théorique et le cas japonais

p. 37 Sergio Gamonal Contreras

Le préjudice moral causé par la rupture du contrat de travail en droit chilien

p. 45 Carmen Grau Pineda

Gestion des flux migratoires en temps de crise : le système espagnol de quotas

p. 57 Paul Secunda

Réflexions sur les questions de souveraineté et de juridiction dans le Droit Mondial des prestations sociales

p. 71 Pascale Lorber

La protection des travailleurs en contrat à durée déterminée : l'utilisation délibérée de la directive européenne

p. 81 Jeseong Park

Le travail sous-traité en droit coréen : une double crise de la notion et de la réalité

ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

p. 93 Afrique du Sud

p. 95 Algérie

p. 97 Allemagne

p. 99 Argentine

p. 101 Australie

p. 103 Autriche

p. 105 Bulgarie

p. 107 Canada (Québec)

p. 109 Chili

p. 111 Colombie

p. 113 Conseil de l'Europe

p. 115 Côte d'Ivoire

p. 117 Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme

p. 119 Espagne

p. 121 États-Unis

p. 123 France-Droit de la sécurité sociale

p. 125 France - Droit du travail

p. 127 Grèce

p. 129 Italie

p. 131 Luxembourg

p. 133 OIT

p. 135 Pologne

p. 137 République Tchèque

p. 139 Roumanie

p. 141 Royaume-Uni

p. 143 Serbie

p. 145 Thaïlande

p. 147 Turquie

p. 149 Union Européenne - Droit de la sécurité sociale

p. 151 Union Européenne - Droit du travail

PASCALE LORBER

Maître de Conférences, Centre for European Law and Internationalisation, School of Law, University of Leicester.

Thème de recherche : Protection du travail précaire, Relations collectives, Représentation des salariés. Parmi ses publications :

~ « Worker Participation and Industrial Democracy: Strengthening Information and Consultation » in E Ales, T Jaspers, P Lorber, C Sachs-Durand and U Wendeling Schroder Fundamental Social Rights in Europe: Challenges and Opportunities, Intersentia, 2009.

~ Industrial Relations Law in the UK, en coll. avec T Novitz, Intersentia, 2012.

LA PROTECTION DES TRAVAILLEURS EN CONTRAT À DURÉE DÉTERMINÉE : L'UTILISATION DÉLIBÉRÉE DE LA DIRECTIVE EUROPÉENNE



ABSTRACT

While doubts were expressed about the extent of the protection offered by the Fixed Term Workers Directive, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has helped individuals ascertaining their rights. The case-law has particularly elevated the principle of equal treatment to a higher standard and has restricted the discretion given to Member States when choosing how to limit the successive recourse to fixed term contracts. The Court's decisions have nevertheless buttressed the regulatory gaps which restrict the effectiveness of the Directive.

KEY WORDS : Fixed Term Work; Council Directive 1999/70/EC; Principle of equal treatment; Prohibition of abusive recourse to successive fixed term contracts

RÉSUMÉ

Alors que des doutes s'élevaient quant à l'extension de la protection offerte par la Directive sur le travail à durée déterminée, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a tranché en faveur de la reconnaissance des droits des justiciables. Le principe d'égalité de traitement a été élevé à un niveau supérieur, par la jurisprudence ; laquelle a également réduit le pouvoir discrétionnaire donné aux États Membres quant au choix du mode de limitation des recours successifs aux CDD. Les décisions de la Cour ont néanmoins comblé les vides juridiques qui amoindrissaient l'efficacité de la Directive.

MOTS CLÉS : Travail à durée déterminée, Directive du Conseil 1999/70/CE, Principe d'égalité de traitement, Interdiction du recours abusif aux CDD successifs.

La proportion de travailleurs en contrat à durée déterminée a augmenté au fil des années. Représentant 11,8% de la totalité des travailleurs en 1995, cette proportion est passée à 14,7% en 2006¹. Néanmoins, la récession a provoqué une baisse de ces taux dans la mesure où les formes de travail atypique ont été les premières à souffrir durant la crise économique. La tendance semble s'être inversée à nouveau depuis le milieu de l'année 2009². Les statistiques montrent également que les femmes sont légèrement plus susceptibles que les hommes d'être recrutées en CDD³. De plus, une proportion plus importante des moins de 30 ans est employée en contrats temporaires⁴. Enfin, les travailleurs en CDD sont davantage susceptibles de faire partie des bas-salaires que les employés permanents⁵. L'Espagne, le Portugal et la Pologne apparaissent comme les pays ayant le plus recours à ce genre de travailleurs temporaires, avec un travailleur sur quatre recruté en contrat temporaire en Pologne et en Espagne en 2010⁶.

Les travailleurs en contrat à durée déterminée ont besoin d'une protection car ils constituent une main d'œuvre précaire. Plusieurs raisons expliquent cette appartenance mais la principale correspond au fait que les arrangements contractuels engendrent la précarité. Tout d'abord, le travail à durée déterminée est associé à l'insécurité ; la fin d'un CDD étant synonyme d'incertitude et de perte de revenus. Ensuite, les travailleurs recrutés en CDD peuvent être moins protégés et être traités différemment sur leur lieu de travail du fait de la nature temporaire de leurs tâches et de leur présence ponctuelle dans l'entreprise. On peut leur refuser, par exemple, l'accès à certains avantages ou certaines clauses con-

tractuelles (telles que l'accès à une caisse de retraite complémentaire, ou encore des opportunités de formation). Enfin, le personnel sous contrat à durée déterminée risque de perdre la continuité dans le travail, ce qui peut être très important pour faire valoir des droits tels que l'indemnité de licenciement, l'allocation-maternité, les programmes de retraite, etc. L'absence « d'ancienneté » ne signifierait pas nécessairement de façon systématique un nonaccès aux droits, mais cela diminuerait le montant des allocations qui pourrait potentiellement être versées.

Alors que le recours aux contrats à durée déterminée a augmenté dans un certain nombre de pays, la pression en faveur d'une intervention légale s'est considérablement accrue. Au niveau national, certains États européens, tels que l'Italie, la France ou l'Allemagne avaient déjà mis en place une législation pour limiter le recours aux CDD et ont insisté sur le caractère exceptionnel d'une telle forme de travail⁷. En revanche, des pays tels que le Royaume-Uni ou l'Irlande ne possédaient que peu de réglementation concernant le travail à durée déterminée⁸. Lorsque la Directive Européenne sur le travail à durée déterminée a été envisagée, deux « forces » devaient être réconciliées. D'un côté, il fallait mettre en place des moyens pour empêcher les employeurs d'exploiter une forme de travail atypique ; les contrats de travail à durée indéterminée étaient la norme et le recours aux CDD devait demeurer exceptionnel et justifié. D'un autre côté, avec l'augmentation du chômage, le discours sur la flexibilité du marché et sur les politiques de l'emploi semblait prendre le pas sur la protection de l'emploi ; le CDD était considéré comme un outil favorable

¹ Voir ILO 8th *European regional meeting - Delivering decent work in Europe and Central Asia*, Report of Director General, volume 1 part 1 (2009), p. 21.

² European Commission *Employment and Social Developments in Europe 2011*, November 2011, pp. 52-53.

³ Voir Eurostat *Statistics in Focus* 98/2007, table 1, disponible sur http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-SF-07-098/EN/KS-SF-07-098-EN.PDF.

⁴ *Ibid.*

⁵ Eurostat *Statistics in Focus* 03/2010 disponible sur http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-SF-10-003/EN/KS-SF-10-003-EN.PDF.

⁶ Eurostat. http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Employment_statistics#Part-time_and_fixed-term_contracts.

⁷ Pour une analyse complète voir N. Countouris, *The Changing Law of the Employment Relations - Comparative Analyses in the European Context*, Ashgate, 2007.

⁸ Par exemple, au Royaume-Uni et en Irlande, voir P. Lorber, « Regulating Fixed Term Work in the United Kingdom: A Positive Step towards Workers' Protection? », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 15, 1999, p. 121.

à la création de nouveaux emplois parmi la panoplie des mesures d'encouragement de la croissance de l'emploi, sans alourdir les employeurs du fardeau « bureaucratique » associé au travail permanent et au catalogue des droits sociaux liés à ce statut⁹.

C'est dans cet environnement qu'a été promulguée la Directive Européenne, à la suite d'un accord auquel étaient parvenus les partenaires sociaux¹⁰. La mesure a dû répondre au besoin de flexibilité pour encourager les marchés concurrentiels et pour le programme de sécurité, en procurant aux travailleurs une activité et des conditions de travail stables. Le nouvel Accord-cadre a donc été en adéquation avec le programme de flexicurité¹¹. La Directive sur le travail à durée déterminée a eu un double objectif : améliorer la qualité du travail à durée déterminée en garantissant l'égalité de traitement entre les travailleurs en contrat à durée déterminée et ceux en contrat à durée indéterminée, et empêcher le recours abusif aux CDD successifs¹². D'un côté, la Directive s'est servie des deux objectifs pour justifier la sécurité. Alors qu'il est moins facile de se servir de l'égalité pour garantir une sécurité de l'emploi¹³, la Directive a inséré dans la loi européenne le principe selon lequel le contrat à durée indéterminée (CDI) demeurait la norme. Le préambule énonce que « Les parties au présent accord reconnaissent que les contrats à durée indéterminée sont et resteront la forme générale de relations d'emploi entre employeurs et travailleurs ». La Cour Européenne de l'Union Européenne (CJUE) s'est servi de ce principe pour interpréter la Directive de manière téléologique¹⁴, et pour établir le besoin de protéger ce type de travailleur précaire. D'un autre côté on retrouve le programme de flexibilité, dans la grande discrétion laissée aux États Membres pour mettre en place les deux principaux droits accordés aux travailleurs en CDD.

À l'origine, la directive a donc été critiquée parce « qu'elle ne fixait pas de normes réelles dans des zones clés [...] et de plus, offrait aux États Membres une gamme de solutions de rechange ; ce qui pouvait être complètement évité s'il existait « des mesures légales équivalentes afin d'empêcher les abus »¹⁵. Bien que cela reste vrai dans une certaine mesure, l'objectif de cet article est d'examiner comment la CJUE a exploité de façon positive les clauses procurant une protection aux travailleurs en CDD. Il existe un ensemble de décisions qui prennent en considération les deux principes clés de la Directive. L'analyse de cette jurisprudence concernant l'égalité de traitement (I) et le recours abusif aux CDD successifs(II) montre que la Cour a pris une position protectrice envers ces travailleurs précaires. La troisième partie montrera que la justice européenne ne peut cependant pas aller plus loin que les outils législatifs qu'on lui a demandé d'interpréter. La lacune initialement rencontrée dans la Directive limite encore la portée de la protection qui peut être accordée aux travailleurs en CDD (III).

I – Égalité de traitement

Le principe d'égalité de traitement a été décrit comme un dispositif légal qui comble le fossé entre les travailleurs standards et ceux recrutés en CDD afin de s'assurer que les différences entre les contrats n'aient qu'un faible impact sur les relations de travail¹⁶. L'ambition est que la parité améliorera la qualité du travail en CDD. À cet égard, des recherches ont démontré que les travailleurs en CDD, en comparaison avec les salariés en CDI, souffraient de discrimination, en particulier en ce qui concerne le salaire, la retraite et l'accès à la formation¹⁷. Il a été par exemple souligné que, en 2002, les travailleurs en CDD gagnaient moins que les travailleurs en CDI dans de nombreux pays européens, principalement à cause du fait qu'ils ne remplissaient pas

⁹ N. Countouris, *op. cit.* n.7, p. 105.

¹⁰ Directive du Conseil 1999/70/EC du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée [1999] OJ L175/43.

¹¹ M. Bell, « Between flexicurity and fundamental social rights: the EU Directives on atypical work », *European Law Review*, 37, 2012, p. 31.

¹² Directive 99/70/EC, clause 1.

¹³ M. Bell, *op. cit.* n.11, p. 38.

¹⁴ Voir ci-après pour plus de détails.

¹⁵ J. Murray, « Normalising Temporary Work », *Industrial Law Journal*, 28, 1999, p. 275.

¹⁶ N. Countouris, *op. cit.* n.7, p. 89.

¹⁷ European Industrial Relations Observatory, *Non permanent employment, quality of work and industrial relations*, (5/2002) Comparative Supplement, iii-v. European Trade Union Institute, *Legal Analysis of the Implementation of the Fixed Term Work Directive*, ETUI, 2003, p. 14.

les critères d'éligibilité pour des rémunérations supplémentaires telles que celles liées à l'ancienneté¹⁸. De même, les opportunités de formation étaient moins accessibles aux travailleurs en CDD qu'à ceux en CDI. Pour ces raisons, le principe d'égalité a été mis au cœur de l'Accord-cadre¹⁹. La CJUE a renforcé ce principe. Tout d'abord, elle en a fait un « principe fondamental du droit social de l'UE » et elle a réitéré en de nombreuses occasions que ce principe ne pouvait être interprété de manière restrictive²⁰. En second lieu, un effet direct a été attribué à la clause contenant ce principe²¹. Cependant, il reste des limitations. La Directive permet la justification objective d'un traitement inégal. Une étude des décisions ayant soulevé des questions sur l'interprétation montre cependant que le principe a été interprété de manière large et que les exceptions doivent être interprétées de manière plus étroite.

A – Le champ d'application du principe

Selon la clause 4 de l'accord des partenaires sociaux inclus dans la Directive : « Pour ce qui concerne les conditions d'emploi, les travailleurs à durée déterminée ne sont pas traités d'une manière moins favorable que les travailleurs à durée indéterminée comparables au seul motif qu'ils travaillent à durée déterminée, à moins qu'un traitement différent soit justifié par des raisons objectives ». La Directive interdit que les travailleurs en CDD et ceux en CDI aient des conditions de travail différentes. Le champ d'application des « conditions de travail » a été très rapidement discuté devant la CJUE. La question était de savoir si le salaire faisait partie des « conditions de travail ». Alors que la plupart des observateurs répondraient immédiatement par l'affirmative, dans le contexte européen un point technique et légal a été défendu pour limiter l'étendue de la protection. Dans la mesure où le salaire ne fait pas

partie du domaine de la législation européenne – comme cela a été clairement stipulé dans l'ancien article 137(5) du TCE (maintenant article 153(5) du TFUE) – il ne peut pas être inclus dans les conditions de travail. Cet argument a été utilisé par le gouvernement espagnol et soutenu par le Royaume-Uni et l'Irlande dans l'affaire *Del Cerro Alonso v Osakidetza-Servicio Vasco de Calud*²². L'Avocat Général a trouvé cet argument convaincant²³. Cependant, la CJUE a adopté une première approche téléologique de l'interprétation de la Directive. Elle avance que le salaire constitue la plus importante des conditions de travail et que l'exclure du champ d'application du principe d'égalité de traitement saperait sérieusement l'objectif de cette Directive²⁴. En conséquence, il a été confirmé que la retraite complémentaire et la prime d'ancienneté seraient couvertes par la clause²⁵.

B – Accès aux avantages et à l'ancienneté

Deux affaires récentes ont testé l'interprétation de la disposition qui interdit de traiter différemment des salariés en CDD et ceux en CDI lors du calcul de l'ancienneté. La clause 4(4) stipule que « Les critères de périodes d'ancienneté relatifs à des conditions particulières d'emploi sont les mêmes pour les travailleurs à durée déterminée que pour les travailleurs à durée indéterminée, sauf lorsque des critères de périodes d'ancienneté différents sont justifiés par des raisons objectives ». Ces deux affaires se référaient aux tribunaux espagnols et concernaient des fonctionnaires qui avaient travaillé temporairement, comme intérimaires en CDD, pour une institution publique. Ils sont devenus fonctionnaires mais, lors de l'examen d'une promotion ou d'une augmentation, la période sous CDD était exclue du calcul de l'ancienneté. Dans l'affaire *Gaviero Gaviero and another v Conselleria de Educacion e Ordenacion Universitaria de la Xunta de Galicia*²⁶, des enseignants qui avaient été employés pendant neuf ans en CDD ont demandé le paiement d'arriérés correspondants à des

¹⁸ *Ibid.* à iv.

¹⁹ Voir les clauses 1, 4 et le préambule de la Directive (14) qui stipule que les partenaires sociaux ont le désir d'améliorer la qualité du travail à durée déterminée en garantissant l'application du principe de non-discrimination.

²⁰ Voir par exemple C-307/05 *Del Cerro Alonso v Osakidetza-Servicio Vasco de Calud* [2007] 3 CMLR 54, para 38 ou C-268/06 *Impact v Minister for Agriculture and Food and others* [2008] IRLR 552, para 114.

²¹ C-268/06 *Impact op. cit.* n.20, para 60.

²² C-307/05 [2007] 3 CMLR 54.

²³ Para 22.

²⁴ Para 37.

²⁵ C-268/06 *Impact op. cit.* n.20 sur la retraite et les affaires jointes C-444/09 et C-456/09, *Gaviero Gaviero and another v Conselleria de Educacion e Ordenacion Universitaria de la Xunta de Galicia* [2011] IRLR 504 sur l'accroissement de l'ancienneté.

²⁶ *Ibid.*

augmentations de salaires sur trois ans ; augmentations qui n'étaient initialement pas accessibles aux enseignants intérimaires. La loi avait été amendée en 2007 afin de permettre le règlement des augmentations aux travailleurs en CDD, mais seulement à partir du moment où la loi a été changée. Les enseignants ont demandé le paiement d'arriérés à partir de la date à laquelle la Directive devait avoir été transposée. La CJUE s'est prononcée en faveur des enseignants, d'abord parce qu'une telle inégalité de traitement est expressément interdite par la Directive²⁷, mais également parce que le principe d'une protection efficace autorise un effet rétroactif²⁸. Dans l'affaire *Francisco Javier Rosado Santana v Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía*²⁹, on refusait à un fonctionnaire la prise en compte de la période où il travaillait sous CDD dans le calcul de l'ancienneté pour une demande de promotion. La CJUE a indiqué à nouveau que sans justification objective, cela était contraire à la clause 4. Les décisions prises nous amènent à l'inévitable question de savoir pourquoi les travailleurs intérimaires étaient traités différemment.

C – Motifs, objectifs et justification

La discrimination entre les salariés en CDD et les salariés en CDI peut être justifiée par des motifs objectifs³⁰. Il a été rapidement demandé à la CJUE de définir de tels termes, et ses décisions ont été analysées à de nombreuses occasions pour savoir ce qui constituait une justification autorisée. Dans la plupart des cas, c'est à nouveau la loi espagnole qui a été sous le feu des projecteurs. Dans l'affaire du *Del Cerro Alonso*³¹, les travailleurs en CDD et ceux en CDI étaient payés différemment. Cette règle trouvait son fondement dans la loi et dans la convention collective. Pour la Cour, la question était de savoir si l'inclusion de la différence de traitement dans les normes légales constituait une justification objective. Dans sa décision, la CJUE se repose sur sa jurisprudence dans laquelle on trouvait une question similaire à propos de la justification du

renouvellement d'un CDD³². Une pratique discriminatoire ne peut être justifiée d'une façon abstraite. Le fait que cela soit écrit dans une norme, comme une convention collective ou un statut, ne peut pas excuser l'inégalité de traitement. La Cour a été amenée à donner des critères précis pour déterminer ce qui constituerait des motifs objectifs :

« ... ladite notion requiert que l'inégalité de traitement en cause soit justifiée par l'existence d'éléments précis et concrets, caractérisant la condition d'emploi dont il s'agit, dans le contexte particulier dans lequel elle s'insère et sur le fondement de critères objectifs et transparents, afin de vérifier si cette inégalité répond à un besoin véritable, est apte à atteindre l'objectif poursuivi et est nécessaire à cet effet »³³.

La conclusion à laquelle est parvenue la Cour est logique puisque le principe d'égalité de traitement et la loi de l'UE pourraient être sinon purement et simplement ignorés par les gouvernements ou les partenaires sociaux, par la promulgation de règles directement en opposition avec l'objectif de l'instrument.

Le test suivant pourrait avoir été plus difficile, particulièrement dans un environnement économique où les besoins des affaires et la volonté d'éviter ce qui est perçu comme de la « bureaucratie » peuvent être plus attractifs que la protection des salariés. Dans l'affaire *Zentralbetriebsrat der Landeskrankenhauser Tirols v. Land Tirol*³⁴, le gouvernement autrichien avait autorisé par la loi, que les CDD de moins de six mois soient exclus de manière générale du principe d'égalité de traitement. Le gouvernement a avancé comme argument que le coût et une gestion rigoureuse du personnel constituaient des motifs objectifs. La CJUE a considéré cependant que des considérations budgétaires ne pouvaient justifier la non-application du principe d'égalité³⁵.

Enfin, des affaires plus récentes établissent qu'une justification de l'inégalité de traitement basée sur le fait

²⁷ *Ibid.* para 53.

²⁸ *Ibid.* para 75.

²⁹ Affaire C- 177/10, jugement du 8 Septembre 2011.

³⁰ clause 4.

³¹ C-307/05 [2007] 3 CMLR 54.

³² *Adelener v Ellikinos Organismos Galaktos* C-212/04 [2006] IRLR 716, voir partie suivante.

³³ Cf. Affaire *Del Cerro Alonso*, *op. cit.*, Para 58.

³⁴ C-486/08 [2010] IRLR 631.

³⁵ *Ibid.* para 42.

qu'il s'agit d'un poste temporaire, n'est clairement pas acceptable puisqu'un tel raisonnement priverait la Directive de ses effets³⁶. Des critères transparents et objectifs doivent démontrer les raisons pour lesquelles le poste est temporaire et pourquoi il serait donc exempt de protection.

Il n'existe actuellement aucune affaire pour laquelle les justifications objectives ont été acceptées. Le message est clair pour les législateurs nationaux et les tribunaux locaux. La position protectrice adoptée pour la clause de non-discrimination a été répétée en adéquation avec le second objectif de la Directive.

II - Contrats à durée déterminée successifs

Le second objectif de la Directive est d'éviter l'insécurité et l'incertitude. Un des mécanismes par lequel cet objectif peut être atteint est la limitation du nombre d'occasions de recrutements possibles à durée déterminée, ou bien la limitation de la durée des contrats, en s'assurant que le recours à de tels contrats est justifié. La clause 5 de la Directive se concentre sur le fait d'éviter l'usage successif abusif de tels contrats afin d'empêcher aux travailleurs de rester à la marge de la loi de protection du travail. On a présumé que le but était de permettre aux travailleurs recrutés en CDD d'être, à terme, employés en CDI lorsque le poste occupé n'était pas de nature temporaire. La CJUE a confirmé ce point de vue à travers sa jurisprudence. Bien que la clause 5 n'ait pas eu d'effet direct³⁷, l'interprétation donnée aux éléments de la formule a montré que les États Membres doivent se conformer à l'objectif général de la Directive. Dans l'affaire *Adelener v Ellikinos Organismos Galactos*³⁸, la Cour insiste sur le fait que l'objectif est de protéger contre l'instabilité de l'emploi. De manière significative, la stabilité est expressément considérée comme faisant partie de la protection des salariés³⁹. En vue de cette norme relativement élevée, la CJUE a mis à bas un certain nombre de lois qui autorisaient le recours abusif aux CDD.

A – Le choix de la formule nationale

La Directive laisse une souplesse considérable aux États Membres quand il s'agit de choisir la manière d'éviter les abus⁴⁰. Afin de refléter les différentes pratiques nationales préexistantes dans les États Membres, la Directive a offert au gouvernement national un choix de formules à appliquer pour empêcher le recours abusif aux CDD successifs. Selon la clause 5, la loi nationale pourrait mettre un plafond à la durée totale maximum des CDD successifs ; ou bien limiter le nombre de renouvellements des contrats. Un examen de certaines lois nationales montre la variété des formules et des résultats permise par la souplesse donnée aux États Membres. Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'impact du principe de la Directive a été assez significatif au Royaume-Uni. Avant 2002, les employeurs pouvait utiliser les CDD sans justification et pouvait les renouveler librement et indéfiniment. La transposition de la Directive nécessitait, pour la première fois, une réglementation de l'usage des CDD. Le Gouvernement de l'époque a opté pour une combinaison de deux formules suggérées par la Directive : en cas de renouvellement successif de CDD avec le même salarié pendant quatre ans consécutifs, un renouvellement supplémentaire du CDD n'est pas envisageable, à moins qu'un tel renouvellement ne soit justifié par des raisons objectives⁴¹.

En revanche, dans d'autres pays européens, l'usage des CDD était déjà lourdement réglementé, et la Directive Européenne n'a pas modifié la loi nationale puisqu'elle était déjà conforme aux obligations européennes. En France, par exemple, la règle générale est que les CDD ne peuvent pas excéder une durée de plus de 18 mois⁴². Ils peuvent être renouvelés une seule fois, et à condition de ne pas dépasser les 18 mois⁴³. Le champ d'application de la protection est limité à la formule donnée dans la Directive, il est donc limité à la nécessité d'avoir plusieurs contrats. Cependant, bien que l'exécution ait été laissée à la discrétion des États Membres, la Cour a indiqué que la

³⁶ Affaire C- 177/10 *op. cit.*, n.29, para 74.

³⁷ *Impact, op. cit.*, n.20.

³⁸ C-212/04 [2006] IRLR 716.

³⁹ *Ibid.* para 62.

⁴⁰ Cette absence d'un vrai standard est critiquée par J. Murray *op. cit.*, n.15.

⁴¹ Réglementations sur les salariés en CDD 2002, SI 2002/2034, reg 8.

⁴² Article L. 1242-8 Code du travail.

⁴³ Article L. 1243-13 Code du travail.

marge de manœuvre était limitée par l'objectif de la Directive : « la marge d'appréciation ainsi laissée aux États membres n'est pas sans limites, puisqu'elle ne saurait en aucun cas aller jusqu'à remettre en cause l'objectif ou l'effet utile de l'accord-cadre »⁴⁴.

La Cour n'a pas hésité à intervenir lorsqu'un État Membre, agissant en tant qu'employeur, a pris des mesures justes avant l'exécution de la Directive, lorsque la décision de l'employeur visait clairement à retarder le moment auquel les travailleurs en CDD pourraient avoir accès à la protection accordée dans la clause 5. Dans *Impact*⁴⁵, les syndicats irlandais, agissant pour le compte de leurs membres contre les départements du gouvernement qui les employaient, ont contesté les conditions de renouvellement de certains CDD. Juste avant que la loi irlandaise n'entre en vigueur, certaines institutions publiques ont renouvelé des CDD pour huit ans alors que les renouvellements étaient traditionnellement pour un ou deux ans. Bien qu'il s'agisse d'une mesure qui a eu lieu avant l'entrée en vigueur de la transposition de la loi, la combinaison de la Directive et des articles 10 et 249 UE, qui exigent qu'un État Membre se soumette aux objectifs d'une mesure européenne, a rendu cette pratique illégale⁴⁶.

B – Raisons objectives

La clause 5 autorise les États Membres à justifier la succession de contrats à durée déterminée par des raisons objectives. L'usage d'une telle défense pourrait être très étendu. Comme nous l'avons indiqué précédemment, il a été rapidement demandé à la CJUE d'interpréter la nature et l'extension de l'exemption. Dans les affaires *Adelener v Ellikinos Organismos Galactos*⁴⁷ et *Marrousu and another v Azienda Ospedaliera Ospendale San Martino Di Genova e Clinicha Universitarie Convenzionate*⁴⁸ les gouvernements grecs et italiens ont essayé de justifier le renouvellement indéfini des CDD,

dans le secteur public, en arguant que la législation imposait une telle règle. La loi constituait donc, encore une fois, la raison objective. Dans le cas de *Marrousu*, les autorités publiques ne pouvaient pas conclure de contrats à durée indéterminée⁴⁹. La CJUE a jugé que cette justification abstraite et générale était incompatible avec la clause 5 de la Directive. Elle a défini les raisons objectives comme des « circonstances précises et concrètes caractérisant une activité déterminée et, partant, de nature à justifier dans ce contexte particulier l'utilisation de contrats de travail à durée déterminée successifs »⁵⁰. Une disposition légale stipulant que les CDD peuvent être indéfiniment renouvelés ignorerait complètement, de façon claire, les objectifs de la Directive, qui sont de protéger les salariés contre l'instabilité de l'emploi. Le postulat selon lequel les CDI doivent demeurer la norme serait dès lors vidé de tout son sens. De plus, une autorisation générale permettant le recours au CDD sans le relier à l'activité concernée, n'est pas compatible avec l'exigence de critères objectifs et transparents. L'idée suggérée par la CJUE est la possibilité de vérifier si le renouvellement répond à un véritable besoin, s'il est approprié pour atteindre le but visé et s'il est nécessaire à cet objectif⁵¹.

En revanche, la *Supreme Court* du Royaume-Uni a récemment accepté une justification objective sous la forme d'un règlement interne d'une école dans un contexte européen. Dans l'affaire *Duncombe v Secretary of State for children, schools and families*⁵², des enseignants qui travaillaient pour des écoles européennes à travers l'Union Européenne étaient employés, depuis neuf ans, en enchaînant successivement une série de CDD. Le règlement interne de l'école, établi par des représentants des gouvernements de l'Union Européenne, stipulait que la durée maximum de travail pour ces enseignants devait être de neuf ans, après quoi, ils devaient retourner travailler au sein d'écoles nationales. Or, dans le cas spécifique du Royaume-Uni, un tel

⁴⁴ *Adelener op. cit.*, n.38, para 82.

⁴⁵ *Op. cit.*, n.20

⁴⁶ paras 81-92.

⁴⁷ above n.38.

⁴⁸ C-53/04 [2006] All ER (D) 36. Pour les commentaires sur ces deux affaires, voir L. Zappala « Abuse of Fixed-Term Employment Contracts and Sanctions in the Recent ECJ's jurisprudence », *Industrial Law Journal*, 35, 2006, p. 439.

⁴⁹ *Ibid.* para 22.

⁵⁰ *Adelener op. cit.*, n.38 para 69.

⁵¹ *Ibid.* paras 71-75.

⁵² [2011] UKSC 14. Pour les commentaires, voir A. Davies, 'Fixed Term Employment in the European Schools: *Secretary of State for Children, Schools and Families v Fletcher; Duncombe v Secretary of State for Children, Schools and Families*' *European Labour Law Journal*, 2, 2011, p. 182.

« détachement » au sein du système scolaire national n'a pas lieu d'être dans la mesure où les enseignants n'y sont pas employés par l'État mais par l'école pour laquelle ils travaillent ou alors par une collectivité locale. À l'issue de ces neuf années, leur emploi s'achevant effectivement, ces professeurs demandaient donc une transformation de leur CDD en CDI, selon les règles en vigueur au Royaume-Uni. Ils arguaient du fait que le règlement intérieur pouvait être considéré comme une norme trop générale, au même titre que dans l'affaire *Adelener*. La règle relative à la succession des CDD devrait avoir été justifiée par l'analyse des raisons pour lesquelles les règles existent, et non pas simplement par une référence à un document écrit général. Bien que cet argument ait été accueilli favorablement par toutes les juridictions inférieures (*Employment Tribunal, Employment Appeal Tribunal and Court of Appeal*) qui se sont toutes successivement prononcés en faveur des enseignants, il a été rejeté par la *Supreme Court*. En effet, la *Supreme Court* a considéré que le renouvellement des CDD avait été objectivement justifié par le règlement intérieur ; ce qui était en adéquation avec l'esprit de la jurisprudence de la CJUE.

C – Définition des CDD successifs

La nécessité de définir l'expression « CDD successifs » a soulevé une autre question à propos de l'interprétation du champ d'application de la protection. L'existence d'une interruption entre les contrats pourrait servir d'argument pour affirmer qu'ils ne sont pas successifs ; ce qui priverait clairement les travailleurs de la protection fondamentale de la Directive. La définition du terme « successif » est laissée aux États Membres⁵³. Il a été spécifiquement demandé à la CJUE si la loi grecque, stipulant que deux contrats ne sont pas successifs si plus de 20 jours les séparent, était en violation des dispositions de la Directive. Dans l'affaire *Adelener*⁵⁴, la Cour a considéré que l'autorisation de telles limites ouvrait la porte aux abus patronaux qui pourraient dès lors imposer 21 jours d'interruption entre chaque contrat⁵⁵ ; ce qui compromettrait considérablement l'objectif de la Directive. La Cour a donc opté pour une approche

téléologique et ne s'engage pas dans ce qui est permis ou pas : l'objectif de prévenir les abus doit être primordial lors de la rédaction d'une loi nationale pertinente.

D – Sanctions

La Directive laisse généralement la sanction du non-respect de la loi communautaire aux États Membres et stipule simplement qu'ils doivent s'assurer que les mesures nécessaires soient mises en place pour garantir les résultats imposés par la Directive⁵⁶. Cependant, dans l'affaire *Adelener*, les dispositions grecques empêchant les services publics de transformer des CDD en CDI, ont été jugés contraires à la Directive. Il existait en effet un usage abusif des CDD dans la mesure où le travail accompli était lié à des besoins permanents. Dans l'affaire *Marrouso*, la Cour est allée plus loin et a déclaré que ceci ne signifiait pas que le secteur public devait avoir les mêmes sanctions que le secteur privé. La solution pour les justiciables ne doit pas nécessairement impliquer l'accès à des CDI, puisque cela n'est pas exigé par la Directive. La sanction doit cependant demeurer efficace, proportionnée et dissuasive, sous la forme, par exemple, d'une indemnisation.

L'approche de la CJUE concernant la clause 5 a clarifié le fait que les États Membres n'ont pas entière discrétion lorsqu'il s'agit d'éviter le recours abusif aux CDD. Les justifications pour le renouvellement ont été examinées minutieusement et efficacement. Le point clé de la protection et de l'engagement de la loi de l'Union Européenne réside cependant dans la succession des contrats.

III – Lacunes réglementaires et faiblesses

Alors que la Directive vise à empêcher l'usage continu de CDD pour des postes permanents, elle ne va pas jusqu'à imposer des règles sur le premier contrat et les employeurs n'ont pas besoin de justifier ou de limiter la

⁵³ clause 5(2)(a).

⁵⁴ *Op. cit.*n.38.

⁵⁵ *Ibid.* para 88.

⁵⁶ Art 2. Ce point a également été rappelé dans *Adelener* para 91 et dans *Marrouso* para 57.

durée des premiers CDD⁵⁷. Ce « point de controverse de la Directive »⁵⁸ peut mener à l'abus d'une telle forme de contrat en autorisant l'existence de premiers contrats à durée déterminée longs (plus de cinq ans par exemple). La Cour a eu l'opportunité de se pencher, dans une certaine mesure, sur ce problème puisque ces affaires posaient la question de savoir si une loi nationale de transposition, qui affaiblissait la protection nationale existante, n'était pas en violation de la clause 8(3) de la Directive. La « clause de non-régression », telle qu'on l'appelle, affirme que « La mise en œuvre du présent accord ne constitue pas une justification valable pour la régression du niveau général de protection des travailleurs dans le domaine couvert par le présent accord ». En Grèce, un des décrets interdisait l'application de la Directive pour les premiers CDD, alors qu'une loi précédente les protégeait aussi contre les abus⁵⁹. En Italie, une mesure de transposition a annulé l'exigence qui voulait que le nom du salarié remplacé dût apparaître dans le CDD⁶⁰. Dans les deux cas, la CJUE a estimé que « l'examen de l'existence d'une "régression" au sens de la clause 8, point 3, de l'accord-cadre doit s'effectuer par rapport à l'ensemble des dispositions de droit interne d'un État membre relatives à la protection des travailleurs dans le domaine des contrats de travail à durée déterminée »⁶¹. L'interprétation des clauses de non-régression est donc large et n'a pas forcément permis aux justiciables de contester les actions étatiques de déréglementation⁶².

Conclusion

L'analyse des affaires de la CJUE qui ont porté sur les champs de la protection accordée par la Directive aux Travailleurs en contrat à durée déterminée, semble livrer un message prometteur. Il est admis que le nombre de décisions n'est pas significatif et qu'il est essentiellement lié à certains systèmes légaux nationaux (Espagne, Grèce et Italie) qui traitent les travailleurs permanents du secteur public plus favorablement que les travailleurs intérimaires, refusant à cette dernière catégorie la sécurité accordée à une classe protégée de travailleurs. Cependant, les affaires établissent également les principes clés applicables sans préoccupation de savoir s'il s'agit de travailleurs du secteur public ou privé. Premièrement, il semble qu'un « statut légal supérieur »⁶³ ait été accordé au principe d'égalité de traitement. Deuxièmement, les États Membres et les tribunaux nationaux ne peuvent pas faire usage de la formule large qui limite les recours abusifs aux CDD, sans considérer comme primordial la nécessité de favoriser les CDI. Le message positif n'aborde cependant pas deux points faibles restants. La Directive elle-même ne régleme pas le premier recours à un CDD. Il est peu probable que les États Membres acceptent collectivement d'aller contre la prérogative patronale de déterminer le type de contrats qu'elle souhaite établir, même si la Directive était remaniée. De plus, bien que la Directive interdise à la loi nationale d'abaisser leur niveau de protection, il semble que le CJUE n'ait pas été aussi dynamique lors de l'interprétation des clauses de non-régression.

⁵⁷ Ceci a été confirmé par la CJUE dans les affaires jointes C-378/07 à C380/07 mentionnées ici par l'appellation *Angelidaki* [2009] ECR I-3071.

⁵⁸ A. Davies, *op. cit.* n.52, p. 185.

⁵⁹ *Angelidaki*, *op. cit.* n.57.

⁶⁰ Affaire C-98/09 *Francesca Sorge v Poste Italiane SpA* [2010] 3 CMLR 49.

⁶¹ *Angelidaki*, *op. cit.* n.57, para 120 et *Sorge* para 34.

⁶² L. Corazza, « Hard Times for Hard Bans: Fixed-Term Work and So-Called Non-Regression Clauses in the Era of Flexicurity », *European Law Journal*, 17, 2011, p. 385.

⁶³ M. Bell, *op. cit.* n.11, p. 46.